Quod bonum, faustum, felix fortunatumq; sit!

DISPUTATIO INAUGURALIS

De

CONTRACTIBUS, QUI RE PERFICIUNTUR,

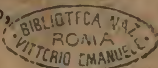
Quam

Jussu & Auctoritate Magnifici, Nobilissimi & Amplissimi Juridicæ Facultatis Collegii in Illustri Salana,

PRÆSIDENTE

Viro Magnifico, Nobilissimo, Amplissimo & Consultissimo

DN. ZACHARIA Prüeschencken à Lindenhoven/ JCto Famigeratissimo, Aulæ Vinar. Saxonicæ Consiliario gravissimo, Facultatis Juridicæ Seniore maximè venerando, Dicasterii Provincialis nec non Scabinatûs Adsessore eminentissimo; Juris item Publici Antecessore honorario; Dn. Præceptore, Patrono & Promotore suo, summo honoris & observantiæ cultu ævivernûm devenerando, prosequendo,



PRO LICENTIA

In UTROq; JURE obtinendi summum DOCTORATUS gradum

Publico examini submittit

NICOLAUS VOLCKMARUS Fischer/

Arnstadiâ Thuringus,

ad diem Januarii

JENÆ,

Typis LOBENSTEINIANIS.

Anno MDCXLIV.



Σωὺ τῷ Θεῷ.

DISPUTATIONIS INAUGURALIS,

De

CONTRACTIBUS, QUI RE PERFICIUNTUR.

POSITIO I.

Inter IV. contractus reales, qui recensentur in tit. I. quib. mod. re contrahitur oblig, primum locum obtinet Mutuum a) & definitur, quod sit contractus b) realis c) quo rem nostram d) fungibilem e) ita alicui damus, f) ut eadem reddatur nobis in eodem genere g) non in specie.

a) DIctum est ex eo, qs. *μῦ τεὸν*, vel quod d. meo tuum fiat, & rursus ex tuo meum *l. 2 §. 2. d. R. C. Donell lib. 14. comm. c. 1 & pr. in fin. I. quib. mod. re contrah. obl Foman. in Synops. Jur Justi. Disp 20. th. 1. lit B.* Et vocatur aliàs generali nomine creditum, hic autem à credito differt tanquam species à genere *l. 2. §. 3. d. R C.* Hanc JCtorum originem *Cujac. libr. 11. observ. 37.* confictam magis, quam veram esse a)

proclamat, idcircò à mutatione nomen potius desumendum esse, autumat, eò quod hoc modo mutetur pecunia cum pecunia, dum præterea, quod consistat in rebus, quæ facile usum promiscuum & mutationem in se suscipiunt. Verum *Nobilissimus, Amplissimus & Consultissimus Dn. D. Christoph. Philipp. Richterus p.t. Rect. Magnificus, Professor in hac Salana celeberrimus, Præceptor & Patronus meus omni reverentia cultu ætatem devenerandus in tract. d. contract. Disp. 2 th. 1. lit. E. in fine* ab Imperatoris nostri Etymologia minimè recedendum esse, putat, cum notum sit: JCtos in notatione nominum potius circa rem desudâsse, quam ad verba respexisse. Hinc notandum, quod argumentum ab Etymologia desumptum non valeat *affirmativè*, ut, d. meo fit tuum. E. est mutuum: sed *negativè*, ut d. meo non fit tuum. E. non est mutuum, ut monet *Prælaudatus Excellentissimus Dn. Richterus in prælect. publ. ad tit. I. quib. mod. re contr. obl.* Meritò igitur notatio hæc deducta à Meo & Tuo, utpotè præcipuam formæ ac differentiæ specificæ par-
b tem continens retinenda est. b) *§. 2. in fin. I. de I. N. G. & C.* ubi Justin. expreßè inter contractus refert mutuum. *l. 1. l. 3. de R.C. l. 1. §. 1. & §. 2. de O. & A. l. 80. de Sol. §. ult. I. de O. Magnificus & Famigeratissimus JCtus, Dn Erasmus Ungepauerus, Facultatis & Scabinatûs in hac Salana Ordinarius Eminentissimus, Præceptor & Promotor summâ devotione perpetim observandus,*
c *suscipiendus in Exerc. Justinianeis Disp. 10. q. 5. in Ajo.* c) Realis s. re constare dr. cui, re à creditore traditâ, accipiens debitor obligatur demum ad rei acceptæ restitutionem *l. 1. §. 2. l. 52 §. 1. de O. & A. pr. I. quib. mod. re contrah. oblig. l. 2. §. 3. de R. C. l. 30. eod.* Manifesti enim Juris est, nisi res in mutuo tradatur, sicque dominium transferatur *l. 75. §. fin. de V. O.* quod mutuum non fit per *pr. I. quib. mod. re contrah. obl. & d. l. 2. §. 3. de R. C.* Et ratio est, quia substantia & forma mutui in hoc consistit, ut dominium rei mutuò datæ in accipientem transferatur. Et in hoc differt mutuum à commodato, deposito &
d pignore. d) In re enim aliena mutuum fieri nequit, cum nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habeat *l. 54. de R. J.* Hinc nec fur in rebus furtivis contrahit mutuum

l.

l. 13. de R. C. nisi mutuum consumptione concilietur *d. l. 13.* e) Dnr. fungibiles, quæ numero, pondere & mensura constant s. quas numerare solemus, v. g. pecunia, pira, poma &c. vel ponderare v. g. aurum, argentum, æs, plumbum &c. vel denique metiri, uti sunt vinum, oleum, frumentum & similia *l. 2. §. 1. l. 3 de R. C. §. 1 I. h. tit. Fachn. libr. 2. controverſ. q. 48.* Quæ verò in genere suo mutuam non recipiunt functionem, ut servus, bos, equus, in illis etiam mutuum non contrahitur *arg. l. 2. §. 1. de R C.* quia in talibus rebus non facilè reperiuntur ejusdem qualitatis & bonitatis, nec idem genus potest rectè reddi, nisi per numerum, pondus & mensuram ad æqualitatem utrinque revocetur. f) Nec interest, utrum verè & naturaliter *l. 79. de sol* an saltem brevi manu contrahatur mutuum *l. 11, l. 15. de R. C.* hoc enim in jure absurdum non habetur *Benedict. Carpz. lib 4. tit. 9. Respon. 66. n. 10.* g) Et hoc est de essentia mutui, ut idem genus in eadem bonitate & qualitate reddatur, diversæ enim materiæ vel alterius generis, ab illa nimirum, quæ data fuit mutuò, reddi non debet. Hinc dicitur *in l. 2. de R. C. aliud pro alio invito creditori solvi non posse.* h) *l. 2. §. 1. h. t Vultej Jurispr. Rom. lib. 1. c. 31. n. 1.* Nec movet, quod interdum pecunia mutuò data ex accidenti in specie restituatur: quia uniuscujusque contractûs initium spectandum *l. 12. in fin. ad SC. Maced. l. 8. pr. mand. l. 1. §. 13. & §. 30. in fin. depos. l. 58. §. 2. pro Soc.* Neque accidentia rei alicujus substantiam vel naturam immutant *Carpz lib. 5. tit. 2. resp. 8. n. 6. & 7.*

f

g

II.

Mutuum dare possunt omnes, qui consentiunt a) rerum suarum administrationem habent b) quiq; dominium rei suæ in alium transferre possunt c) unde qui consensum adhibere neque-

unt d) quales sunt furiosi e) infantes f) pupilli g) minores curatorem habentes h) prodigi i) & similes mutuum dare haut possunt.

a a) *l. 1. §. 3. de pact.* b) *l. 21. C. mand. arg. l. 2. C. de*
b *noxal. act.* quia quilibet potest in re sua quam velit, legem dicere *arg. l. 1. §. 41. & l. 4. ff. de aqu. quotid. & astiv. Borch. cap.*
c *5. de feud. n. 41.* c) *l. 2. §. 4. de R. C.* Dominium enim in mutuo transfertur in accipientem. Si igitur quis illud non
d habet, utique in alium non potest transferre *l. 54. de R. J.* d)
e *l. 55. de O. & A. l. 1. §. fin. de pact.* e) furiosus enim consentire non potest *l. 5. l. 40. de R. J. l. 2. C. de contrah. empt. l. 1. §. 12 de O. & A.* imo absentibus & ignorantibus comparatur. *l. 17. §. 11. de injur. l. 2. §. 3. de jur. codicill.* Unde si furiosus vel infans hominem occiderit, L. Cornel. non tenetur, quia priorem fati infelicitas excusat posteriorem innocentia
f consilii tuetur. *Modestinus in l. 12. ad L. Corn. de sicc. l. 9. § 2. ad*
g *L. Pompej. de parric.* f) *l. 70. de V. O. l. 5. de R. J. §. 9. I. de*
h *inutil. stipul.* g) *d. §. 9. I. d. t. l. 59. de O. & A.* h) *l. 3. C. de in integr. restit. Wes. in rubr. I. de author. tut.* Minor verò si curatorem non habuerit, mutuum quidem dare potest, & nascitur etiam ex eo obligatio. Si tamen ex contractu læsus fuerit, minor in integrum restitutione juvatur *d. l. 3.* nisi creditor eum locupletiorem factum probaverit *l. 32. §. 4 de administr. & peric. tut. l. 11. §. fin. l. 23. §. 1. de min. l. 3. §. 2. l. 101. de V. O. prælaudatus Magnificus Dn. Ordinarius Exerc. 10. q. 4.*
i *Wes. in rubr. I. de author. tut.* i) Qui neque tempus neque finem expensatum habent, sed bona sua dilapidando profundunt *l. 1. de curat. furios. l. 9. §. 7. de R. C. l. 40. de R. J.* quo casu rectè furioso comparatur. *d. l. 40. de R. J. l. 6. de V. O.*

Q. Hic anceps moveri solet quæstio? *Utrum ipso jure prodigo administratio bonorum interdicatur, an verò tunc, cum magistratûs sententia & decretum accedit.* Nos posterius certis LL. funda-

men-

mentis tuebimur *per l.12 §. 2. de tut. & curat. dat. l. 1. l. 10. pr. l. 15. & l. seq. §. 1. de Cur. fur. l. 6. de V. O. l. 55. §. fin. de admin. & peric. tut. l. 27. pr. de min.* Et hæ prænominatæ personæ mutuum si dederint, & res bonâ fide consumptæ fuerint, mutuum ex post facto conciliari verius est, *l 11. §. 2. l. 12. in fin. l. 13. & l. 19. §. 1. de R C. l. 81 de jur. dot Excellentissimus Dn. D.* Richter *p. t. R. M. in tract. de contractib. disp. 2. th. 4 lit. G.* Aliud verò dicendum, si malâ fide consumptio facta fuerit, nam dum non condici res, sed ad exhibendum agi potest. *l. 11. §. fin. de R. C.* qui enim dolo malo consumpsit pro possessore est, *l. 131. de R. J.* ideoque non condici res, sed ad exhibendum agi potest, videntur enim adhuc extare *Nobilissimus & Excellentissimus Dn D. Ludwell. Praeceptor meus atatem suspiciendus in not. ad Wes. de R. C. n. 8.* Insuper & illi, qui provincias regunt, quive circa eos existunt, mutuam pecuniam dare fœnusque exercere prohibentur *l. 33 de R. C. l 3. C. si cert. pet. l. 46. l. 62 de contrah. empt. l. unic. §. 2. C. de contractib. Jud. & ibi Cujac. lib. 16 obs c. 13.* Quod tamen de temporalibus tantùm accipiendum est, *monente Paulo in l 34. de R. C. ibiq; Donell.* Ex qua ratione idem de Magistratibus nostri temporis, quos perpetuos regulariter esse constat, dicendum videtur, ut & ipsi cum subditis contrahere, & mutuam pecuniam dare, non impediantur *arg. d. l. 34. de R. C.*

III.

Porrò accipere possunt omnes mutuam pecuniam, qui neque natura, ut furiosi, infantes a) neque Lege, ut prodigus b) pupillus c) filiusfam. d) prohibentur.

a) *§. 8. & 9. I. de inutil. stipul. l. 59. de O. & A.* b) *l. 40. de R. J. l. 6. de V. O.* c) *§. 9. I. de inutilib. stipul.* de pupillo intrica-

ca-

Q. catum & perplexum oritur dubium. *Utrum is sine tutoris autoritate mutuum accipiens obligetur?* Nos salvo, tamen aliorum judicio, existimamus, pupillum regulariter absque tutoris autoritate mutuam pecuniam accipientem, ne naturaliter quidem obligari *l. 59. de O. & A. l. 41 de condict. indeb.* nisi vel locupletior factus, vel dolosè in contractu versatus sit, vel de alio agatur præjudicio. *Magnificus Dn. Ordinarius in Exerc. Disp. 10. q. 3. in Ajo.* d) *l. 1. & tot. tit de SC. Maced* filiis enim familias non rectè mutuò datur, quia obligatio inde orta SCti Maced. exceptione subvertitur *l. 3 § 3 de SC Maced. §. pen. I quod in eo qui in alien. pot &c.* adeo ut neque filiusfam. juramento huic CSto renunciare possit, quia ejusmodi renunciatio per se non valet. E. nec juramento potest confirmari *l. 5. C. de LL. arg. l fin. C. de non num. pec.* præsertim cum hoc SC. tam in favorem Reip. parentum, ne videl. filiifam. corrumpantur delictisvè fenestra aperiatur *l. 1. de SC Maced §. pen. I. quod cum eo, qui in alien. pot.* quam odium fœneratorum introductum sit, *l. 40. de condict. indeb.* proinde nec privatorum pactis immutari *l. 45. §. 1. de R. J. l. 27. §. 4. de pact.* Nec valet mutuum, etsi filiusfam. sui juris effectus *l. 3. §. 4. de SCto Maced.* nisi debitum agnoverit, & ratum habuerit *l. 7 §. ult. de SC. Maced. l. 2. C. eod.* Nec interest privatus an civitas crediderit *l. 15. d. tit.* Hoc autem SCtum generale est, & ad quosvis filiosfam. pertinet, etiam in dignitate constitutos *l. 1. §. fin. de SC. Maced.* nisi talis sit dignitas, quæ patriam potestatem tollat, quo casu huic SCto amplius locus non est, utpote quod expreßè de iis filiis in potestate constitutis conceptum est *l. 1. §. 2. d. t. & §. pen. I. quod cum eo, qui in alien. pot &c.* præsertim cum & ratio SCti cesset, & filii sibi omnia, non patri acquirant. *Dn D. Ludw. in not. ad π Wesenb de SCto Maced. n. 5.* Cæterum limitatur hoc SC. Mac. in quibusdam casibus, veluti si filiusfam. studiorum vel legationis causa absens mutuam, ad usus necessarios, quos Patris pietas non recusaret, pecuniam acceperit *l 7. §. 13. ff. & l 5. C. ad SC. Maced Excellentissimus JCtus Dn. Christoph. Phil. Richterus p t. Rector Magnificus in prælect. publ. I. ad h. t.* Quum igitur præsides provincia-

ciarum non prohibeantur, meritò, ne ipsis subsidium inopiæ auferatur, mutuum accipere possunt. Circa hanc positionem oritur quæstio: *An Administratores civitatum, mutuando pecuniam vel quamlibet aliam rem fungibilem, civitates etiam obligent?* Et dicimus eatenus eas obligare, quatenus in Reipubl. utilitatem res mutuatas versas esse, aliàs ipsi soli, qui contraxerunt, non civitates tenebuntur *l. 27. d. R. C. Coler. d. process. execut p. 2. n. 347. & seq.* Unde & civitas suos cives eorumq; bona ita obligare potest, ut in defectu solutionis apprehendi & arrestari possint, si modo una cum civitate, vel pro ea se se executivè obligaverint, aut summa necessitas flagitaverit; *Excell. Dn. D.* Richter *in tract. d. contract. Disp. 2. th. 5. lit.* A in fin. Q

IV,

Consistit autem mutuum in iis rebus, quæ sui naturâ, aptitudine & consvetudine a) pondere, numero & mensura constant b)

a) Hinc in equis, mulis, vestimentis, libris & ovibus &c. mutuum esse non potest. Vix enim est, ut res istæ eàdem bonitate reddi possint, ut alterum ab altero non bonitate aut qualitate differat. *Wesenb. in π. d. R. C. n. 11.* b) *l. 2. §. 1. d. R. C.* vid. sup. quæ dicta sunt ad th. 1. lit. E. Hisce rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, *an rectè annumerentur carnes, pisces, panes & ejusmodi res, quæ & ipsæ appendi aut numerari solent & functionem in genere suo recipiunt, non absq; causa quæritur?* Et rectius statuitur in istis rebus etiam mutuum consistere, si modo panes, vel pisces certi ponderis, mutuò dentur, ut alii ejusdem bonitatis & ponderis restituantur *arg. l. 35. §. 5. d. contrah. empt. Cujac. lib. 11. obser. 37. Boc. class. 2. D. 7. th. 22.* Ejusmodi enim res, si numero, pondere, & mensura pares fuerint, qualitate quoque & bonitate speciei a. b. Q

 ciei

ciei inter se pares sunt. Hinc in mutuo non tam ipsa corpora, quam quantitas, vis & valor nummorum credita censetur. *l. 97. d. leg. 2. l. 94. §. 1. d. sol. l. 19. §. 2. d. condict. in deb.* nec ad ipsam materiæ massam, sed ad pretium & valorem mutui respectus habetur *l. 35. d. aur. & arg. leg.* Ex quo pro argento rectè solvitur aurum *l. unic. C. d. arg. pret. lib. 10.* Atque hinc solutionem in aliâ monetâ, quam quæ mutuò data fuit fieri posse, vulgò existimatur; modo ejusdem bonitatis & valoris sit moneta, ita ut creditor ex solutione damnum haut sit passurus *l. 99. de solut. l. 1. §. 1. de aur. & arg. leg. l. 34. §. 5 de leg. 1. Carpz. lib. 5. tit. 9. Resp. 95. n. 1. & 2.*

V.

Mutuum perficitur ipsa rei traditione a) quæ fit eo animo, b) ut non idem corpus quod traditur, sed aliud c) ejusdem generis reddatur d.)

a a.) *l. 2. §. 3. d. R. C. Wesenb. in π. d. t. n. 10. Tr. vol. 1. D. 20. th. 2. lit. A.* Traditio n. rei dominii translationem importat *l. 75. §. ult. d. V. O.* Unde si alicui decem dem & paciscar, ut mihi undecim debeantur, nummus, qui excedit, ne quidem donationis titulo, vel tanquam usura peti potest. *l. 17. d. pact. l. 11. §. 1. R. C.* Re n. non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est, *d. l. 17. d. pact.* Nec interest, utrum revera res interveniat, ut quando res de manu in manum traditur, sive intervenisse brevi manu fingatur, veluti si agrum, equum, mulum, domum tibi dem, vel massam auri, ut vendas, & nummis utaris, tunc enim pecunia ex illis redacta convertitur in mutuum. *l. 11. l. 15. d. R. C.* quasi brevis manûs fictione ab emptore accepissem pecuniam, & Tibi credidissem *d. l. 15.* Idem est, si pecuniam ex causa mandati, vel depositi mihi debeas & convenerit inter nos, ut eam crediti

b nomine retineas *d. l. 15.* b) non aliter autem mutuum contra-

tra-

trahitur, nisi cum quis pecuniam hoc animo dat, ut mutua fiat, & ut eàdem bonitate iterum accipiat: Hinc si quis pecuniam quasi donaturus dederit, & alter quasi mutuam accipiat, Julianus scribit, neque donationem contractam, neque mutuum esse, ideoque nec accipientis nummos fieri *l. 18. d. R. C.* c) Ideo enim aliquis mutuum accipit, ut in suos usus impendat: sed uti non posset, si eædem res in specie reddendæ essent, quia fungibilium usus consistit in abusu. *tot. tit. d. usufr. earum rerum &c. l. 55. d. sol.* & earum non est utilitas, nisi in consumptione *arg. §. 2. J. d. usur.* Et si eædem res in specie reddendæ essent, tunc negotium hoc in alium contractum videlicet in commodatum incideret. Illud autem aliud debet esse ejusdem valoris & bonitatis, qua illud quod datum est *l. 3. d. R. C.* d) puta triticum pro tritico, vinum pro vino, pecunia pro pecunia, quia nisi hoc fieret confunderentur res diversæ materiæ, nam si is, qui res fungibiles alteri tradit, paciscatur sibi alias in diverso genere restitui, mutuum certe non contrahitur, sed oritur ex tali negotio vel permutatio, vel contractus innominatus, do ut des. Et cum supr. in explicatione th. 1. dictum sit, mutuum in eodem genere, qualitate & bonitate esse restituendum, meritò à Dd. quæritur: *Utrum si mutatio monetæ, sive in bonitate extrinseca, ut valor, quem extrinsecum vocant, sive intrinseca contigerit, utpote materia, quam monetæ bonitatem intrinsecam appellant, tempus solutionis, an contractus attendendum sit?* Et pro contractu communis omnium ferè Dd. opinio *Cum Nobilissimo Amplissimo & Consultissimo Dn. Godofredo Fibigio, JCto celebratissimo, p. t. Illustris. collegii Juridici Decano Spectatissimo, Præceptore & Patrono meo perpetuâ animi observantiâ summè suspiciendo, honorando in Colleg. Leg. publ. Disp. 9. q. 2. & 3.* concludit, siquidem restitutio pecuniæ creditæ ita fieri debet, ne creditor ullum sentiat damnũ, sed ut hoc ipsum præcisè consequatur, quod revera debetur *l. 99. d. solut. l. 3. d. R. C. ibiq; Dd.* Quis verò non animadvertit, monetâ secundum bonitatem extrinsecam, vel intrinsecam deterioratâ ac deminutâ creditori damnum haut modicum accedere, si pecuniam

c

d

Q

illam deterioratam, pro ut tunc est, accipere cogeretur. Unde verissimè, *monente Carpzovio lib.5. tit.9 Resp.93 n.17.* Consuluit *Matth. Wesenb. cons.38. n.23.* his verbis Wann man jemand eine Summa Geldes verheisset / oder schuldig wird / vnd darnach die bonitas intrinseca, Schrot vnd Korn / wie wir reden / in der Müntze verendert / daß alsdann die Bezahlung der Müntz / so in Zeit des vffgerichteten Contracts in dem Gebrauch vnd ganghafft gewesen / oder do man die nicht haben kan nach demselbigen Werth vnd æstimation geschehen soll: Gleicher Gestalt so der valor oder Werth / vnd also bonitas extrinseca verändert / dadurch die Müntze gesteigert / fellet oder gantz abkömpt / soll der Werth so tempore contracti debiti, seu celebrati Contractûs gewesen / bezahlet vnnd erlegt werden Tandem n. 25. subjicit: Wann man hierinnen anders respondiret, oder die Sache anders örtern wolte / so geschehe dem Gläubiger vnrecht / in dem er itzo nicht so viel bekehme als er zu der Zeit des Contrcts hette gehabt / & sic creditor damnũ pateretur *contra l.99. d. sol.*

VI.

Actio, quæ ex mutuo nascitur, certi vocatur condictio a) quâ is, qui mutuum dedit eum, qui id accepit, compellit, ut mutuum restituatur.

a a) *In fin. pr. J. quib. mod. recontrah. obl.* appellatur autem certi condicto, quia petimus certam aliquam rem, quoad qualitatem & quantitatem, hoc est talem rem, quæ ejusdem generis, qualitatis & bonitatis sit, cujus erat illa, quæ mu-

mutuò data fuit, ita ut in ea nec plus nimusque deberi vel peti possit, quam creditum sit *l. 3, d. R C. Hac condictio certi an generalis vel specialis sit, maxima est inter Dd. litigatio?* Nos specialem & propriam actionem, quæ in specie dicitur certi condictio ex mutuo tanquam speciali contractu nasci, existimamus. Mutuum enim & stipulatio sunt contractus speciales & nominati, proinde specialis & propria actio ex his competere debet, æquè ac ex empto, locato, speciales & propriæ oriuntur actiones ut rectè docet *glos. ad pr. J. quib. mod. re contrah. obl. Dn. D. Ludw. in not. ad Wes. d. R. C. in fin.* Hâc actione conventus debitor mutuum in eodem genere restituere debet, puta vinum pro vino, frumentum pro frumento *pr. J. h. t.* neque pro vino, aut frumento mutuò dato pecunia rectè solvitur *l. 2. pr. & l. 3. d, R. C.* imò ne quidem si massa argentea vel aurea mutuo data fuerit, invito creditori, pecunia obtrudi potest *l. 19. d. aur. arg. mund.*

VII.

Et hæc de primo contractu reali, sequitur nunc secundus, qui est commodatum, a) quo res ad usum b) gratuitum c) certo modo & tempore conceditur d) eâ lege, ut eadem res e) in specie nobis reddatur f.)

Commodatum dicitur quasi cum modo, id est certa forma præscriptoque utendi modo datum, vel quasi ad commodum utentis datum *Wes. in π. commod. Schneidw. in Inst. h. t. n. 2.* b) Solus enim usus in re commodata conceditur *§. 2. in fin J, h. t.* E. res commodata non est abutenda *l. 3. §. fin. h. t.* Nam qui commodat, non facit rem accipientis, sed permittit tantùm ut re utatur *l. 1. §. fin. d prec.* dominium verò penes commodantem remanet *l. 8. & 9. commod.* Vnde & in foro a b

Saxonico Scabini secundum jus civile pronunciare solent, ut si res commodata commodatario fuerit surrepta, vel quovis modo alienata, domino competat electio, utrum velit agere contra furem, vel alium, in quem facta est alienatio rei commodatæ, vel ipsum commodatarium. *l. ult. §. 1. C. d. furt. §. 16. J. d. obl. quæ ex delict. nasc.* verba sententiæ: **Habt ihr einem von Adel auff seiner Hochzeit etliche Stücke silbern vnd gülden Geschirr gelihen vnd vertrawet welches er nach gehaltener Hochzeit euch wieder zustellen sollen/ vnd er dasselbige nicht gethan sondern beruhrtes Silberwerck** Caspar **Horn den ältern zu Freybergk für etlich gelihen Gelt vorsatzt :c. so ist itzt gedachter Horn/ wofern er nichts erhebliches darwieder vor zuwenden/ euch solches Silberwerck ohne entgeld wiedrumb zu zu stellen/ vnd folgen zu lassen/ schuldig. V. R. W.** Item ad requisitionẽ Johannis Henrici à **Nischwitz.** Mens. Jul. Anno 16 30. **so ist sich der** Commodator **an dem Besitzer/ so die Kette von den** Commodatario **erkaufft zu halten vnd solche ohne Entgeld von jhme wiederumb zu fordern wol befugt V. R. W.**

c *Carpz. p. 2. constit. 26. Defin. 5.* c) *d. §. 2. in fin. l. 5. §. 12. comm.* quia commodare est officium amicitiæ præstare. Amicitiæ autem contraria est merces. *Et ipse imperator in fin. §. 2. h t. dicit:* Commodatum debet esse gratuitum, & hæc est propria differentia, quâ à locato distingvitur, non enim aliter potest consistere, neque alia ratione nomen suum tueri, quam si nullâ mercede acceptâ vel constitutâ res alicui utenda data sit; alioquin mercede vel pretio interveniente, locatus rei usus videtur *d. §. 2. in fin.*

d d) in hoc enim forma commodati consistit, ut præscripto fine & modo usus per tempus vel expressum vel tacitum concedatur *l. 17. §. 3. commod.* alioquin nomen suum non tuebitur: dicitur enim commodatum, ut supra lit. A. dictum quasi. cum modo datum. Ex quo infertur, quod commodans non possit rem alte-

alteri commodatam intra tempus tacitè vel expreßè rei utēdæ præfinitum revocare, quia beneficiis adjuvari nos non decipi oportet. Hinc quæri solet: *an commodator finito tempore, usu tamen nondum incepto, rem commodatam à commodatario poßit avocare?* Quod affirmandum putamus, quia ad tempus concessa, elapso tempore extingvuntur, & quod permissum est ad certum tempus, postea censetur negatum, & nisi restituat in continenti, quod absque interpellatione in mora constituatur. Solus enim dici lapsus debitorem ipso jure in mora constituit, citra ullam interpellationem *l. 12 C. d. contrah. stipul.* Secus verò est, quando tempus quidem est finitum, usus autem demum inceptus, & non impletus. Commodatarius rebus commodatis aliter utens, quam utendas accepit, furtum committit, non quidem rei commodatæ, sed usus ejus, v. g. si equum commodassem ad equitandum, & ille uteretur ad vehendum. *§. 6. & 7. J. d. oblig. quæ ex delict nasc. Dn. D. Richterus p. t. Rector Magnificus d sp. 4 th. 1. lit. E in tract. d. contractibus.* Porrò si usus non sit modificatus, certus, nec certo tempore conclusus, non erit commodatum contractum, sed precarium *Vultei. in J ad. h. t.*

e) Quia in commodato non transfertur dominium, ut in mutuo, sed possessio & proprietas rei commodatæ manet penes commodantem *l. 8. & 9. commod.* & ob id commodarius finito usu rem, quam utendam accepit, integram non deterioratam restituere tenetur *l. 3. §. 1. l. 8. & 9. h. t.*

f) *§. 2. in verbis: de ea re ipsa J. h. t. d. l. 8. & 9. h. t.* Ratio autem à priori vix potest dari alia, quam quod hæc sit natura hujus contractus & in eo consistat substantia ejus per quod ab ipso mutuo differt. Unde infertur, si inter commodatarium & commodantem convenirit, ut ipse non eandem rem, sed aliam restituat, quod tunc non sit contractus commodati futurus, sed vel innominatus, permutatio vel mutuum: quia pacta contra substantiam rei, vel contractus apposita vel omnimò non valent, vel contractum in aliam speciem transformant.

IIX.

IIX.

Commodari possunt res omnes, tam mobiles quam immobiles a) corporales & incorporales b) propriæ c) & alienæ d) exceptis iis, quæ usu consumuntur. e)

a) *l. 1. §. 1. h. t. Wesenb. in tr. Commod n. 4. Tr. vol. 1 D 24.*
b *th. 1 lit. D.* b) *d. l. 1. § 1. & l. 17. h. t. l. 5. § 5. l. 15. §. 2. de prec.* Habitatio enim utpote res incorporalis secundum Vi-
c vianum commodari potest. *l. 1. §. 1. in fin. h. t.* c) Non ut ipsi domino, sed alii quo ad usum tantum concedantur. *l. 45. de R. J.* ita ut commodans maneat dominus rei commo-
d datæ *l. 8. & 9. h. t.* d) *l. 15. h. t.* nec obest, quod mutuo res aliena dari nequeat, quia in mutuo translatio dominii ne-
e cessaria est, in commodato non item *l. 8. 9. comm.* e) Res enim fungibiles commodari non possunt, sed tantum usu nō consumptibiles. Ratio quia fungibilium usus consistit in abusu, & nulla est eorum utilitas, nisi consumantur, consumptæ autem non possunt restitui in specie, prout debet, *l. 1. §. 3. de O. & A.* quia quod non est, restitui non potest. Aliud verò dicendum, si ostentationis vel dicis gratia concedantur *l. 3. §. ult. & l. 4. comm. Dn. D. Richterus in Disp. 4. tractatus de contract ib. th. 1. lit. b.*

IX.

Ex commodato duplex proficiscitur actio, una directa, altera contraria. Directa datur commodanti a) adversus commodatarium b) quâ finito tempore & usu res restituitur c) & præter do-

lum

lum & omnis culpa, etiam levissima venit. d) Contraria commodatario competit ad petendum id, quod suâ interest. e)

a) *l. 18. §. 4. Comm. l. 17. §. 2. eod.* quia in his & similibus casibus nemo quidquam propriâ authoritate, & vi quadam, sed legitimis actionibus persequi debet. *l. 13. quod met. causa.* Itaq; eum in finem, ut consulatur commodanti, si quam contra commodatarium foveat querelam, datur personalis quædam actio, quæ à nomine hujus contractus actio accommodari appellatur. Et hæc actio vocatur etiam Principalis, & rectum commodati judicium *d. l. 18. §. 4. l. 17 §. 1. commod.* b) Hinc, si plures sint commodatarii omnes in solidum obligantur *l. 5. §. fin h. t.* Quod enim pro indiviso promissum est, singulos in solidum obstringit, & quoque res individua non per partes, sed solidè obligari solet. *l. 22. depos. l. 1. §. 43. eod.* Unius tamen solutione reliqui liberantur *l. 15. d. tut. & ration distr. d. l. 22. depos l. 13. C. loc.* c) Nam commodator actione directâ adversus commodatarium rectè experitur adhoc, ut post finitum usum temporisque præscripti revolutionem res integra reddatur: Nec solvit, qui deterius reddit, sed solvit, qui deteriùs non reddit *l 3. § 1. comm.* Nec res solum, sed etiã omnia accessoria, & quicquid ex re fructûs quocunq; tempore utilitatisq; obvenit, puta equa cum pullo *l. 5. §. 9. commod.* quia accessorium sequitur naturam sui principalis *l 34 de contrah. empt. §. 26. & §. 29. I. de R. D. cap. 43. de R J. in 6to:* aut re deterioratâ id, quod interest: quia paria sunt, rem non reddere, & deteriorem reddere: perempta verò æstimatio præstatur *l. 3. §. 1. h. t.* d) quia commodatum regulariter accipientis gr. contrahitur, in cujus contractibus non levis tantùm culpa, sed levissima quoque præstare solet. *l. 5 § 2. commod. l. 23. de R J.* Si verò utriusq; gr. commodatum celebretur, dolus cum lata & levi culpa præstandus est *l 18 pr. in fin. commod.* In eo verò qui alterutrius tantùm gratia initur ab illo, ad quem nulla utilitas redundat, dolus tantum & lata culpa venit *l. 5. §. 10. h. t.* Casus verò & periculum spectat ad

a

b

c

d

C suum

suum dominum *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* quod verum est, si re comodatâ non aliter usus fuerit, quam eam utendam accepit. e) Si vice . cómodatarius querelam habeat cōtra cómodanté v.g. quod vel uti re cōmodata sit prohibitꝰ, vel quod cōmodator sciens dolose vasa vitiosa comodans in damnū comodatariū induxerit. v.g. si vinū infusū, corruptum, vel effusum fuerit, vel sumptus majores in rem commodatam necessariò fecerit *l. 18. § 3 & 4 cōmod.* modica tamen impendia non potest repetere *d. l. 18. § 2. & 3. l. 21. d. tit.* Quod auté contrario judicio consequi quisquam potest, id etiam recto judicio salvum habere jure compensationis *d. l. 18 § fin. comm.* Notandum tamen hic est, quod compensatio non aliter locum habeat, quam si nôn res ipsa petatur, sed ejus æstimatio, fortè, quod res commodata culpâ commodatarii deterior reddita sit, aut planè perierit, tùm enim, cum & hic debeatur quantitas, nihil impedit, quo minus ea cum alia quantitate compensari possit, ut rectè docet *Dn. D. Ludw. in not. ad Wes. tit. Commod. n. 11.*

X.

Tertius contractus realis est depositum a) quo res b) aliqua gratis c) custodienda d) datur, ut eadem illa res in specie restituatur e) quandocunque deponenti libuerit f)

a a) Depositi genera Dd. tria constituunt: Simplex seu vulgare, judiciale quando nimirum debitor creditori suo debitam pecuniam, eamque creditore recusante, ad evitandum usurarum cursum, in locum publicum deponit: vel sequestrum, quod est rei litigiosæ à pluribus facta depositio. Nos, cum temporis & instituti ratio sit habenda, primum tantùm proponimus. Depositum autem descendit ex eo, quod ponitur *l. 1. pr. l. 11. depos.* Præpositio enim DE auget significationem, ut ostendat totum fidei ejus esse commissum, quod ad custodiam rei pertinet. *d. l. 1. pr.* deponimus enim c. m fidu-

ducia custodiæ & bonæ fidei depositarii, quam fidem fallere gravissimum est, & propter necessitates humanas in Rep. perniciosum *d. l. 1. pr. & l. 1. pr. d. constit pec. Wesenb. in π. h t. n. 2.* b) quia depositum non aliter, quàm re ipsa interveniente celebrari potest *l. 1. §. 5. d. O. & A. §. 3. J. quib. mod. re contrah. obl* & hoc sm. agitur, ut rem actualiter accipiens obligetur. *Schneidw. ad d. §. 3. n 1.* Hinc sola patientia & scientia rei in domum illatæ, depositum non constituit, cum nec tradita sit res propriè, nec consensus ab utrâque parte intervenerit, quod tamen in deposito requiritur *Arum. Exerc. 12. q. 15.* c) *l. 1. §. 8. & 9. depos.* dicitur gratis, quia res deposita committitur alterius fidei, & depositarius asservando rem præstat deponenti officium amicitiæ, quod colligitur *ex §. 3. vers. amico J. h. t.* jam autem officia talia gratis sunt præstanda, eò quod fidei & amicitiæ contraria sit merces. Si verò rem meam alicui ita custodiendam tradidero, ut pro custodiâ certam ipsi mercedem promittam, tunc non manet amplius depositum, sed incidit potius in contractum locationis conductionis *l. 1. § 9. depos.* d) *l. 7. C. depos. l. 1. §. 8. 9. 12. & 13. ff. eod.* in deposito enim res deposita non datur ad usum, sicut in mutuo, commodato, sed tantùm ad custodiam. Unde si quis re depositâ præter voluntatem deponentis utatur, ille furtum committit *§. 6. I. de oblig. quæ ex delict. nasc.* quia furtum fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat *d. §. 6. & tit. 6. libr. 4. Instit. Jur. Canon.* ibi, furti quidem nomine omnis illicita usurpatio alienæ rei concluditur *& caus. 14 q. 5. c. non pœnale. 13.* e) *l. 11. C. h. t. l. 1. §. 5. de O. & A. & § 3.* ibi: quia & ipse de eâ re, quam accepit restituenda tenetur *I. quib. mod. re contrah.* In deposito enim non transfertur dominium, neque possessio rei depositæ in depositarium *l. 17. §. 1. depos. l. 1. §. 5. de O. & A.* E. in specie restituenda. Et hoc procedit, si species vel quantitas obsignata fuerit deposita, apparet enim exinde deponentem hoc agere voluisse, ut ipsum corpus reddatur *arg. l. 29 depos.* Secus autem est, si pactum deposito fuerit adje-

b.

c

d

e

ctum, ut reddatur idem genere, & non specie *l 24 in fin h t.* Accidit insuper, ut non eadem res in specie, sed in genere restituatur, quando nimirum quantitas non obsignata fuerit deposita, tunc enim tacite hoc actum videtur, ut reddatur tantundem, quia aliàs deponens rem vel clausisset, vel obsignasset. *l 25 §. 1. h. t.* Et quamvis in his & similibus casibus termini depositi excedantur, lex tamen contractûs servanda est *l. 24. in fin. h t.* Quia verò contra regulam & substantiam depositi est, meritò irregulare dici potest, ut rectè monet *Dn. D. Fibigius in vindic. disp. 9. q. 8.* f) Ita enim dicitur *in l 11. C. h. t.* si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illicò modis omnibus compellatur. Additur etiam in definitione *quandocunq; deponenti libuerit.* Ea enim est natura depositi, ut, quocunque tempore deponens rem depositam repetat, ea restituatur, etiamsi convenerit, quo tempore depositum reddi debeat: quia cum deponentis gr. contrahatur, non prohibendus est, pro arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem *l. 1. §. 22. & §. 45. depos. Wesenb in π depos. n. 7. pr.* Deinde invito, neque reposcenti non facilè contra legem depositionis res deposita reddi potest ab eo qui semel officium suscepit, nisi gravissimâ causâ interveniente *l. 5. §. 2. h. t.*

f

XI.

Deponi possunt res omnes, quæ sub custodiam cadunt, tàm mobiles a) quàm immobiles b) tàm propriæ c) quàm alienæ d)

a b a) *l. 1. §. 36. 40. & §. 41. depos.* b) deponere namque nihil aliud est, quam rei custodiam alicujus fidei committere *l 1. pr. l. 24. h. t. arg. l. 3. in fin. d. acquir poss.* jam a. rei appellatione tā mobiles quā im̄obiles, comprehēdi extra dubiū est. *l. 5. d. V. S.* Et posse æquè rei immobilis ac mobilis custodia ali-

alicui committi, expediti juris est *l. 55. loc. l. 5. §. 5. commod. l. 2. §. 1. l 3 & l. 11 in fin. d. peric & commod. rei vend. l. 36. d. act. emp. l 3. §. fin. d acquir. poss* Tum etiam quia & commodatum in re immobili consistit. *l. 1. §. 1. commod.* in quo ipso etiam custodia præstanda est *l. 5 §. 5. commod.* Præterea omne custodibile recte deponitur *l. 1. pr. depos.* ubi igitur formale depositi, ibi ipsum quoque depositum poni potest consequitur: Imò quod simul tradendi atque dandi facultas in rem cadit immobilem. *§. 40. 41 & §. 42. J. d. R. D. l. 2. l. 28. & l. 72. d. V. O.* ut sic exinde liqueat, verba Dari, Tradi, non semper naturaliter, sed civiliter quoque exaudienda esse: Deinde pro deposito competit interdictum *de vi & vi arm. l. 1. §. 33 de vi & vi arm* quod ipsum tamen duntaxat de immobilib. obtinet *d. l. 1. §. 33.* Adde hic etiam *supra laudatum Magnificum Dn Ordinariū in Exerc. Justin. D 10. q. 6.* ubi docet, quod rei immobilis sit sequestrum. At hoc est depositum E. dividitur enim depositum in sequestrationem & depositum in specie dictum. c) Non quidem apud ipsum deponentem, quia aliàs non oriretur aliqua obligatio, si illæ res depositæ essent propriæ depositarii, nec depositi contractus subsisteret per vulgatam illam Reg. *Rei suæ neq; pignus neq; depositum, neq; precarium, neq; emptio neq; locatio consistere potest. l. 45 d. R. J. l 1. §. 39 depos.* quia ex hoc deposito neque dominium, neque possessio transit, ne quidem si apud sequestrum res deposita sit. Et hoc probatur non tantùm ex natura depositi, quæ est custodiendam rem tradere *l. 1. pr. h. t.* non possessionem transferre *l. 17. § fin. depos.* sed etiam expresso text. *l. 39. d. acquir poss.* nisi forte aliter expreßè actum sit inter deponentes & sequestrum. Ita namque benè conveniet *l. 17. depos. cum d. l. 39.* ut rectissimè tradit *Dn. D. Ludwell. in not. ad Wesenb. tt. depos n 6.* Unde & fur rem furtivam & latro sua spolia rectè deponit *d. l. 1. §. 39. l. 31. depos.* Non igitur necesse est, ut sit res nostra, ut in mutuo, in quo nō nisi res nostra alteri datur. Et ratio est, quia ibi agitur de dominio transferendo, quod non nisi Dominus transferre potest, hîc autem tantùm de custodiendo.

XII.

Possunt autem deponere a) vel deponi apud se permittere omnes, qui intellectum habent, & consentire possunt, & proinde nec natura nec l. prohibentur b)

a) tam prædo & fur quam verus dominus *d. l. 1. § 39. depos.* b) *l. 1. §. 3. d. pact. l. 12. §. 2 d. judic. l. 1. §. 12. 13 14. & § 15. d. O. & A. l. 1. d. V. O.*

XIII.

Oriuntur ex hoc contractu duæ actiones, quæ ex omni deposito competunt, quarum una directa, altera contraria dicitur. Illa a) datur deponenti b) ejusque heredibus c) adversus depositarium & ejus heredes d) in simplum e) ad rem depositam restituendam f) in qua dolus tantùm g) & lata culpa regulariter venit h) Hæc verò depositario i) competit adversus deponentem de impensis, in rem depositam factis, recuperandis k)

a) Et hac actione deponens rem depositam repetere potest *§. 3. h. t.* ibi *actione depositi.* b) Et scilicet qui rem suam

am

am vel alienam suo tamen nomine, alicujus fidei commisit *l. 1 §. 11. h. t.* etiam furi & latroni *l. 1. §. 39. depot.* c) *l. 1. §. 19. h. t.* singulis tamen proportione hæreditaria *l. 2. C. d. hered. act.* d) quandocunq; deponenti libuerit, quia depositum solius deponentis gratia regulariter contrahitur, nec impedit illam voluntatem adjectio temporis, vel conditionis *l. 1. §. 45. & 46. depos.* Datur etiam contra heredes *l. 7. §. 1. h. t.* non tamen contra tertium depositarium, nisi cessis actionibus, quia cum posteriore non est contractum *l. 16. h. t.* e) in simplum, quia qui alicujus fidem spontè elegit, simplo debet esse contentus, sibique imputare, quod negligenti amico rem custodiendam dederit, cum tamen alterius fidem eligere potuerit. Aliud verò dicendum, si tempore ruinæ, naufragii, tumultûs a. incendii res suas custodiendas alteri dederit, tunc crescit actio in duplum, si scilicet depositarius res depositas in lite negaverit, & postea convictus fuerit. *l. 1. §. 1. & l. 18 h. t. §. 17. & §. 26. J. d. act.* Et ratio est, quoniam qui ob necessitatem ingruentem subitamque vim deponit, non eligere statim talem poterit amicum, cui tutò & fideliter rem suam commendet, ideoque nihil ipsi tunc imputari poterit, qui electionis integram non habuit libertatem. *Dn. D. Richterus p. t. R. M. in tract. d. contractib. Disp. 5. th. 3. lit. D.* f) cum fructibus, accessionibus omniq; causa & rei utilitate, modo extat *l. 1. §. 24. depos.* imò & partus in restitutionem venit *d. §. 24.* vel ejus pretiũ, si dolo vel culpa depositarii perierit, & ideo actio depositi vocatur directa. Non ineleganter hic in disquisitiónem venit: *Num usuræ propter moram à depositario factam, quo minus depositum deponenti restituatur, rectè peti possint?* Affirmativam tuebimur per textt. expressos *in l. 2. C. depos. & l. 29. §. 1. ff. eod. l. 87. §. 1. d. leg. 2, l. 17. §. 3 in fin. d. usur.* Quod etiam tum dicendum est, si fortassis depositarius rem depositam vel pecuniam in suos usus & quidem invito domino converterit *l. 3. & 4. C. h. t. l. 29. ff. eod.* vel si ita inter depositarium & deponentem actum fuerit, ut ille utatur pecunia *l. 25. §. 1. d. l. 29. §. 1. h. t.* Nam & tunc à depositario si moram commiserit, usuræ peti possunt.

l. 24.

l. 24 & l. 25. §. 1. d. t. depos. Carpz. part. 2. constit. 30 defin 14. n. 3. Et hæ usuræ haut immeritò exiguntur non quidem ut usuræ, sed ut interesse à depositario, qui interpellatus rem depositam non restituit, *per text in l 24* in verbis contra bonam fidem &c *Hinc, Scabini Lipsienses Mens 7br An 1620. ita Resp.* Habt ihr bey einem / von welchem ewre Frage meldet/eine Post Geldes deponiret; Würde nun derselbige euch solches Geld wiederumb erstatten vnd ausantworten/ꝛc so liesset ihr euch deren billich begnügen / vnd ihr weret einigen Zins von ihme zu fordern nicht berechtiget/ es were dann / daß der depositarius selbiges Geld gebrauchet vnd an seinen Nutzen vorwendet oder doch euch vff fordern vnd begehren dasselbige nicht wieder zalen thete vff solchen Fall were er von Zeit des Verzugs an/die Landüblichen interesse euch zugleich mit abzustatten schuldig V. R. W. *Carpz libr. 4. tit. 7. R 55. n 15.* g) *l. 1. C. depos. & l. 1. §. 10. & §. fin. ff eod. & l. 23. de R J.* Dolus autem quid denotet manifestum evadit *ex l. 1. §. 2. de dol. mal.* ubi dicitur, quod sit omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum & decipiendum alterum adhibita. h) Lata culpa, quæ etiam latior vocatur in *l. 32 depos.* & magna in *l. 226. de V. S.* nihil aliud est, quam nimia negligentia, h. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. *l. 213. §. ult. l. 223. d. V. S & de l. 226.* ubi quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est. Exempla hujus latæ culpæ in jure nostro sunt plurima, præsertim verò *in l. 7. ad. l. Corn. d. sicc. l 11. §. 3. d instit. act. l. 30. § ult ad. L. Aquil. & l 13. §. 2. locat.* Notandum igitur est, hanc culpæ speciem adeò dolo proximam esse *l 11. d. incend ruin naufrag. l. 1 §. 2 si is qui testam. l. 87. §. 2. d. legat. 1 l. 8. §. 3. in fin. d. prec.* ut ejus quoque appellatione veniat *l. 32 depos.* & dolo comparetur *l 1. § 1 si mens fals. mod. dixer.* eumq; repræsentet *l 1. §. 2. si is. qui testam. liber. esse juss. er.* quia eandem vim & effectus cum dolo habeat: qui enim ita negligenter res alienas tractat, ut non curet, quod omnes homines facilè

cllè animadverterent, præsumitur etiam dolo non carere. Dico *Regulariter*, quia interdum etiam levis, interdum quoque levissima à depositario præstanda venit: puta, si merces accesserit *l.5. §. 2. commod.* vel si ab initio aliter convenerit *l.23. de R J. l.1. de pact.* aut si depositarius fuerit in mora restituendi *c.25. de R J. in 6 o.* vel denique, si culpa casum præcesserit *l.52. § fin. ad l. Aquil. Carpz. libr. 5. tit. 2. R. 13. n.5. in fin. & n.16. 17. & n.18.* i) *l.5. pr. depos.* Et hæc actio contraria etiam vocatur contrarium judicium *d.l.5.* k) Ut si depositarius in rē depositā impēsas fecit, vel si apud ipsum quis equū, qui damnū dedit, vel servū vitiosum, puta furem, qui depositario multa abstulit, deposuit, tunc datur illi contra deponentem actio depositi contraria. Æquum enim est, ut depositarius illud ipsum quod necessariò impendit, vel ei depositi nomine abesse ceperit, recuperet, ne depositario officium suum damnosum existat. *l.7. quemadm. test. ap. aper. l. 61. de furt.* Hinc, *si depositarius ob impensas in rem depositam factas actione contraria nolit experiri, sed potius retentione uti, an hanc ex retentionis jure exceptionem opponere possit, non incommode quæritur?* Nos negativam uti communiorem, ita de jure veriorem amplectimur *per text. express. in l.11. C. h.t.* ubi depositarius jubetur restituere sine ulla dilatione, ita ut nec compensationem, nec retentionem per modum exceptionis propositæ opponere possit, sed postea depositi actione, quod sibi abest, petere permittitur. *Dn. D. Lüdwell. in not. ad π. Wes. ad h. tit. n.5.* i k Q.

XIV.

Restat nunc ultimus contractus realis, qui pignus dicitur a) quo res aliqua traditur creditori b) ad crediti restituendi fidem c) & securitatem d).

a) *§. fin. I. h.t.* nominis originem quod attinet, dicitur pignus à pugno, si proprietatem nominis exactè inspicere a

volumus *l. 238. §. 2. de V. S.* quod qſ. pugno i. e. manu creditori traditur, ut ſimul poſſeſſio ei tradatur, majoris ſcil. ſecuritatis gratia. Pignus in jure noſtro variam denotat ſignificationem, hîc autem accipitur *pro ipſa conventione vel contractu pignoratitio. l. 1. pr. l. 11. §. 2. de pignor. act. l. 1. §. ult. de pact.* qui inter præſentes, re ſtatim traditâ, contrahitur, *arg. §. fin. I. quib. mod. re contrah. oblig.* Generis autem loco rectè ponitur *contractus*, ſi in ſe & ſua natura conſideretur *arg. l. 4. l. 11. §. 2. de pign. act. l. 1. in fin. de pact.* non ratione accidentis qt. eſt contractus acceſſorius, i. e. qt. aliis contractibus accedit, tunc enim ejus adminiculum & acceſſio eſt *arg. l. 5. de pignor. l. 2. §. 5. C de veter. jur. enucl.* A pignore propriè & in ſpecie dicto hypotheca differt, quæ nuda conventione ſine traditione conſtituitur *l. 9. §. 2. de pignor. act.* Hinc quæſtio ſuboritur: *an ſtatutum loquens de pignore in dubio locum habeat*

Q. *in hypotheca?* In hac quæſtione cujus deciſioni ſtandum, non omnium eadem eſt ſententia : Cum affirmantibus tamen quin ſtatuamus, nihil cauſæ videmus, ſi modo id, quod ſtatutum de pignore, æque commodè hypothecæ poſſit accommodari *Bach. ad Tr. vol. 2. D. 1. th. 1. lit. C.*

b b) Nec ſufficit nudus conſenſus, ſed res quoque intervenire debet. *§. ult. I. h. t.* & actualis requiritur traditio. De ſubſtantia porrò pignoris eſt, ut adſit res certa, ſuper qua pignus contrahatur, nec poteſt conſtitui, niſi adſit res *d. §. fin. I. h. t.* Rectè ergò dicitur jus in re, quia per illud non obligatur perſona debitoris, ſed res ipſa; agitur enim in hoc contractu, ut eadem res, quæ fuit obligata pignori, reo reſtituatur *d. §. fin.* Et contrahitur pignus non ſolum creditoris gr, ſed etiam debitoris, quo magis ipſi pecunia credatur *d. §. fin. I. h. t.*

c c) Ex hiſce verbis differentia ſpecifica hujus contractus patet à reliquis contractibus realibus, cum mutuum & commodatum concernant tantummodo rei uſum, depoſitum rei depoſitæ cuſtodiam, pignus verò ſolùm concernat crediti reſtituendi fidem & ſecuritatem *Tr. vol. 2. Diſp. 1. th. 1. lit. D. Vultej. 1. juriſpr. c. 34. num. 1.* Inſuper mutuum & commodatum principaliter & regulariter concernunt utilitatem debitoris, pignus verò utilitatem utri-

us-

usque & creditoris & debitoris *d. §. fin.* d) Et hæc est causa finalis hujus contractus, ut nimirum creditori magis in tuto sit creditum *d. §. 4. h. t.* plus enim cautionis est in re quàm in persona *l. 25. de R. J.* & melius est possidere quam in personam experiri *l. 1. §. 1. de superfic.* Hinc si pactio sit adjecta de vendendo & alienando pignore, creditor si intra præscriptum tempus debitam pecuniam non solvat, ex conventione tanquam ex voluntate debitoris absq; ulla exceptione distrahere potest *§. 1. I. quib. alien. licet. l. 4. de pign. act.* quia hîc dies pro homine interpellat *l. 12. C. de contrah. stipul.* Si verò expreßè conventum fuerit, ne venderetur pignus, nihilominus tamen post ternam denunciationem legitimè interpositam creditori adhuc permissum est *l. 4. de pignor. act.* Talis autem denominatio non debet fieri una vice & contextu verborum, sed tempus aliquod intervenire necessum est. Cùm verò certum tempus nusquam est determinatum, meritò id arbitrio judicis, ut pro qualitate objecti aliquando longum, aliquando brevius tempus statuat, relinquimus. *Dn. D. Ludw. in not. de distract. pignor.* Hîc & illud disceptatur: *An post denunciationem creditori in distrahendo pignore biennium sit expectandum?* Plerique id negant, aliqui verò affirmant, quibus nostrum addere calculum non recusamus. *De jure Saxonico* aliud observandum venit, ibi enim terminus Saxonicus Sächsische Frist solutionis termino constituitur, quem si negligat debitor nec ejus spatio exsolvat, pignus per tres terminos judiciales, h. e. per tres quater denas, von vierzehen Tagen zu vierzehen Tagen venale exponitur, & si debitor pignus illud haut reluat, cuilibet extraneo plus numeranti venditur, vide *p. 1. Const. Elect. 32. & tit. 39.* §. vnd do das Vrtel. & §. vnd wann also zum Jahrnis der Churfürstl. *process* vnd Gerichtsordnung. *Dn. D. Fibigius in colleg. Leg. publ. D. 9 q. 10.*

d

Q.

X V.

Nunc dicendum esset de personis, quæ pignus contrahere possunt, vel non

verum cum ex ſ. dictis hoc conſtat, non immeritò de his uberiùs tractare ſuperſedemus.

XVI.

Proximum nunc eſt videre de rebus, quæ in pignus deduci poſſunt, cujusmodi ſunt res omnes a) debitoris propriæ b) non alienæ c) mobiles & immobiles d) non verò res prohibitæ e)

a a) Quæ enim emptionem & venditionem recipiunt, et-
iam pignorationem recipere poſſunt *l. 9 §. 1. de pignor. l 18. in*
b *fin. de pignor. act. l. 1. §. 2. quæ res pignor. dar. poſſ.* b) *l. 6. C.*
ſi alien. res pignor. dat. l. 6. C. quæ res pignor. oblig. poſſ. quia
rem ſuam tantùm oppignorare poteſt, non alienam, in qua
nihil prorſus juris habet *d. l. 6.* Inſuper requiritur, ut habeat
etiam jus adminiſtrandi de iis bonis: hinc res purè vel in diem
certum fideicommiſſo ſubjecta pignori obligari non poteſt
l. 3. §. 2. C. Comm. d. leg. imò & illud quod pignori obliga-
tũ eſt, à creditore alteri pignori obſtringi poteſt. *l. 1. C. ſi pign.*
pign. dat. ſuam enim rem tantùm, & in qua quis jus aliquod
c habet oppignorare poteſt *tot. tit. C. ſi res alien. pign.* c) Cum
enim eæ non ſint in bonis oppignorantis utique nec obligari
poſſunt *l. 2. de pignor. act. l. 1. l. 2. l. 6 & l. 7. C. ſi alienæ res pi-*
gnor. dat. niſi volente aut ratum habente domino *l. 20. de*
pign. act. Weſ. in π. eod. n. 5. quia in pignore conſtituitur jus in
re, quod ſemper rem comitatur, ad quoscunq; res perveniat,
id autem absque conſenſu domini fieri non poteſt, quia ne-
mo jus in re aliena conſtituere poteſt. *l. 54. de R. J. l. 6. C. quæ*
d *res pign. obl. poſſ. Schneidw. ad §. n fin. n. 14.* d) *l. 11. §. 3. qui*
pot. in pign. l. 31. de pignor. l. 6. C ſi alien. res pignor. dat. l. 6. l. 29.
§. 2. de pignor. l. 34. §. 2. eod. Schneidw. I. quib. mod. re contrahit.

obl.

obl. §. *4. n. 5. 6. 7. Gœdd. part. 2. disp. Jur. 10. th. 1. lit. e.* e) prohibentur autem quæ non sunt in commercio hominum, ut sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ. *l. 3. C. quæ res pign. oblig. poss. l. 21. C. d. SS. Eccles. l. 2. C. d. relig.* eo namque ipso quando divinis usibus dedicantur, hominium commercio eximi videntur *c. 51. de R. J. in 6to.* §. *2. J. de inutilib. stipul.* §. *fin. J. de empt. & vend.* Atque cujus rei commercium non est, adeoque emi vel vendi nequit, jure pignoris accipi non potest. *l. 1. §. 2. quæ res pignor.* Unde totius pignoris utilitas sive finis eo respicit, ut, non soluto debito, pignus distrahatur *t. t. ff. & C. distract. pignor.* Prohibito vero fine, prohibentur etiam destinata, & ducentia ad finem *Harpr. ad h. §. fin. n. 133. & 134.* Cæterum hæc de non oppignorandis vel alienãdis rebus sacris recte limitant Dd. in casu necessitatis: si vel summa fames ingruat, vel captivi redimendi veniant, cum absurdum non sit, animas hominum quibuscunque vasis vel vestimentis præferri. *d. l. 21. C. d. SS. Eccles. §. 8. J. de R. D. cap. 13. 14. 15. & cap. 70. caus. 12. q. 2.* vel si Ecclesia debitrix existens vasa superflua habeat, nec aliunde solutio fieri queat. *Nov 120 cap. 20.* Cœteroquin adeo inter dicta earum rerum obligatio est, ut quamvis ex re sacrâ profana fiat, nihilo magis pignus convalescat *l. 83. §. 5. d. V. O.* Quia enim sui natura ista obligatio ab initio non valuit §. *2. vers. nec in penditi. J. d. in utit. stipul.* ex postfacto convalescere non potest *l. 210. d. J. R.* Res quoque litigiosa non potest obligari. *l. 1. §. 2. quæ res pign.* nec res pupillares per solum pupillum nec etiam cum tutore sine decreto judicis *l. 1. pr. quæ res pignor obl. l. 22. C. d. administr. tut.* quod intelligendum d. oppignoratione voluntaria, secus de necessaria. *d. l. 22.* Accedit, quod nec liber homo, nec filius fam. oppignorari possit *l. fin. ff. & l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss. l. 1. C. de patr. qui fil. distr. Novell. 134. c. 7. § fin J. de empt. & vend. §. 2 J. de inutilib. stipul.* His connexum est, ut & istas liberorum hominum oppignorationes, (quæ repressaliæ vocãtur) jure nostro justinianeo omninò prohibitas esse dicamus, *l. unic. C. ut null. ex Vican. pro. alien. vican. deb. lib. 11. Nov. 52. c. 1.* Siquidem nemo debet

alterius odio prægravari, nec alteri per alterum iniqua conditio inferri debet *l. 74. de R. J.*

XVII.

Ex hoc tandem contractu competit tàm actio directa, quàm contraria, illa datur debitori a) ſi ſolutionem præſtiterit b) adverſus creditorem c) ad rem pignori datam reſtituendam d) Hæc verò creditori adverſus debitorem ad id, quod ſibi pignoris nomine abeſt e) perſequendum. Præſtatur autem in hoc contractu regulariter dolus & culpa f)

a a) *l. 40. §. fin. de pignor. act. l. 11. C. eod. Schneidw. ad h.*
tit. J. n. 16. ejusque heredibus *ex l. 10. C. de tit.* Dr. a. debitore,
b qui rem pignori ſubjicit *l. 9 C. de pignor. act.* b) pecunia
autem exſoluta eſſe debet, a. eo nomine ſatis factum, ut hæc
naſcatur pignoratitia actio *l. 9. §. 3. l. 10. l. 11. l. 24. §. 1. l. 33. &*
c *l. 40. d. §. fin. d. pignor. act. l. 11. C. eod.* c) ejusque heredes de pignore, pecunia ſoluta, reſtituendo. *l. 10. C. de pi-*
d *gnor. act.* d) eò enim reſpicit obligatio ex hoc contractu, ut accipiens ad illam ipſam rem, quam accepit reſtituendam teneatur, quia hæc eſt natura & ſubſtantia pignoris, ut in ſpecie res ſit reddenda. Venit autem in hac actione directa non ſolum res oppignorata, quando non eſt vendita per creditorem, ſed etiam ſi creditor pignus vendidit, plus illo credito, tunc præſtandum illud plus cum intereſſe & uſuris, modo creditor illud plus non obtulit, nec depoſuit, creditore recuſante, quia cum ſit actio b. f. veniunt jam uſuræ à die

mo

moræ *l. 6. §. 1. & l. 7. d. pignor. act.* Datur autem hæc actio pignoratitia debitori propterea, quia causa non est sine effectu, nec obligatio efficax sine actione. Hinc quia subinde improbi creditores tergiversantur etiam soluto, vel alio modo extincto debito principali, pignus restituere, ideò necesse erat, ad evitandam violentam ablationem remedium aliquod civile, per quod ipsi ad restituendam rem pignori datam compellerentur, vel ad damnum resarciendum, si modo ipsorum facto in pignore aliquod fuisset datum. e) *l. 8. pr. l. 22. §. 3. de pignor. act.* pro necessariis sumptibus in re pignorata factis, ut in restaurando, reficiendo domum oppignoratam *l. 7. C. d. pignor. act. d. l. 8* vel pro refundendo damno, si dolosè circa pignoris traditionem forsan versatus fuisset, ut si animal vitiosum sciens pignori dedisset, sumptusvè ejus rei gratia fecit. *l. 7. C. d. t. & d. l. 8 ff. eod.* f) *l. 13. in fin. de pignor. act. l. 19. C. de pignor. l. 5* §. *2. commod. l. 23. d. R. J. §. fin J. h. t.* ibi exactam diligentiam, unde ea, quæ diligens paterfam. in rebus suis præstare solet, à creditore exiguntur *l. 14. de pignor. act.* Ratio autem hujus præstationis doli & culpæ datur in *d §. fin. J. de oblig. quæ re contrah.* quia pignus utriusque gr. datur, & debitoris, quo magis ei pecunia credatur, & creditoris quo magis ei in tuto sit creditũ, vim tamen majorẽ & casũ non præstat *l. 30. de pign. act. l. 8. C. eod.* nisi forssitan creditor in se periculũ casus fortuiti recepisset *l. 6. C. de pignor. act.* Et hæc sunt, quæ pro instituti ac tẽporis ratione de hac nobili & quotidiana contractuũ realium materia proponere volui, & ne terminos intentionis excedã, plura petentẽ præsertim de differentia pignoris & hypothecæ: de pignore tacito & expresso: de prætorio & judiciali &c. ad Negus. Mozz. Schrad. & alios complures remitto. Mihi cum Imperatore *in d. § ult.* materiã pignoris potius delibare, quã eam ex professo tractare, animus fuit. Sacro sanctæ igitur & individuæ Trinitati, Deo Patri, Deo Filio, & Deo Spiritui sancto sit Laus, honor & gloria in sempiternum.

Cla-

Clariss. Dn. NICOLAO VOLCKMARO Fischer/ *J.U. Doctorando eximio.*

Æquoream prædam Cultor prædatur aquarum,
Præmia, Piscator, Tu meliora capis.
Non pisces quęris, nec amas natare sub undis,
Sed tua pertraxit pectora juris amor.
Et tua pervolvit spaciosa volumina juris
Docta manus. Prædam hinc mox dabit alma Themis.

Ex animo gratulor

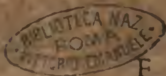
Christoph Philip. Richter D.
p. t. Acad. Jen. Rector.

VIRO

Clariss. atque eximio Dn. NICOLAO VOLCKMARO FISCHERO J.U. Doctorando dignissimo, Amico suo suavissimo.

Flunda Novensilium tua, quàm benè verberat amnem?
Per pelagus Themidos quàm benè lina trahit?
Fert & ad emporium tua, quàm benè dextera jactum?
CONTRACTUS RERUM dum celebrare docet,
Sic FISCHERE, suum qui jactat rete, queretur
Non venti in vacuas se cecidisse domos.
Nec Te pœniteat: grata, quæ Triga Dearum
His undis tetigit munera, sume manu,
Nimirum: Titulos Fama & Sors æris acervos,
Supprimo deposuit quod Tibi Diva Cypri.

Godfried Fiebig D. & Jurid.
Facult. hodie Decanus.



FINIS.